

## Avances de la Jurisprudencia Constitucional Colombiana en DSR

### El derecho a la progeneración responsable y la protección especial de los/las menores de edad

Diana Marcela Bustamante Arango Mg.<sup>1</sup>

La estructura de esta ponencia es la siguiente, en la primera parte se realizan algunas consideraciones sobre la relación entre el DIP y el derecho interno, desde el enfoque del neoconstitucionalismo, posteriormente se pasa a revisar el avance en cuanto a la política pública sobre DSR de 2003 y el posterior desarrollo legislativo, para cerrar con lo que ha sido el activismo judicial, como mecanismo para el reconocimiento de los DSR en Colombia.

La etapa pre-constituyente colombiana traía como herencia la ratificación de varios tratados que reconocían los DSR desde el sistema de promoción y protección de Naciones Unidas hasta el SIDH; por ejemplo, en la ONU, teníamos, además de la adopción de la Declaración Universal, la ratificación del PIDCP y el PIDESC del 66 y desde luego la Convención de CEDAW del 79. En el plano regional la Declaración Americana y la ratificación de la CADH en el 72 pilar de éste sistema de protección.

El nuevo marco constitucional colombiano abrió la década del 90 con el reconocimiento de una serie de derechos de ciudadanía que vinieron acompañados de mecanismos de exigibilidad –inspirados en las obligaciones internacionales asumidas previamente– los cuales han creado a lo largo de estas décadas si bien una institucionalidad, también una subjetividad, que se puede interpretar en las exigencias que ciudadanas y

---

<sup>1</sup> Profesora asociada de la Universidad de San Buenaventura Cali Colombia, investigadora en el campo del derecho internacional y los derechos humanos con perspectiva de género. Directora del Grupo de Investigación Problemas Contemporáneos del Derecho y la Política de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas en la misma universidad. Candidata a Doctora en Humanidades de la universidad EAFIT; Magíster en Defensa de los Derechos Humanos y Litigio ante Organismos, Cortes y Tribunales Internacionales, Abogada y Licenciada en Literatura. Investigadora de la Red Alas. Coordinadora de la Red de Grupos y Centros de Investigación Jurídica y Sociojurídica Nodo Suroccidente. Actualmente *research scholar-in-residence* in the Washington College of Law de la American University. Presidenta de FIDA (Federación Internacional de Abogadas) Colombia desde el 2013. Autora de varias publicaciones que exploran la revisión crítica del derecho y el género enfocado principalmente al contexto del posconflicto. [dmbustam@usbcali.edu.co](mailto:dmbustam@usbcali.edu.co)

ciudadanos reclaman constantemente y hacen valer en estrados judiciales.

El diseño metodológico que orientó esta ponencia se ubica en el macro molde epistemológico emancipatorio o crítico (Habermas:1982) y el micro molde está conformado por el paradigma del realismo jurídico, el neconstitucionalismo y la teoría crítica feminista al derecho por lo tanto su método es el hermenéutico, desde el paradigma metodológico cualitativo.

Para la teoría crítica feminista el método en el derecho, implica la sustitución del método racional por el método relacional de carácter casuístico (Scales citada por García, 1992). García afirma que el método jurídico feminista sirve para eliminar toda situación de sometimientos y discriminación hacia la mujer (García). En ese caso serían otros los problemas jurídicos que aparecerían relacionados con la sustitución de estándares de validez por estándares de justicia, asuntos propios de la filosofía política, o problemas de validez y vigencia, que deberán ser asumidos por la dogmática jurídica y desde nuestro planteamiento más que una dogmática jurídica, una dogmática constitucional.

En atención al método propuesto el análisis realizado es de tipo relacional, así compara o relaciona las variables jurisprudenciales en materia de DSR con el enfoque de género, a la vez que combina algunos aspectos de la metodología de construcción de líneas jurisprudenciales del profesor colombiano Diego López Mejía, para lo cual se toma como punto de partida del análisis una sentencia arquimédica, que para el caso es la C-131 de 2014.

Las preguntas que orientan la búsqueda se centran en identificar el alcance dado por la Corte Constitucional a los DSR desde la perspectiva de género. En consecuencia la fuente primaria de la investigación fue la C-131 de 2014; el criterio de selección de esta sentencia se sustenta en que contiene un análisis desde el patrón fáctico de los DSR en menores de edad, y a que constituye el pronunciamiento más reciente de esta corporación sobre el tema. Como sentencias hito que son referidas como ratio decidendi se abordan las siguientes: SU-337 de 1999 derecho al consentimiento informado en temas relacionados con la autonomía sexual; las C-344 de 1993 y C-1264 de 2000 relacionadas con las restricciones legales a la

decisión del matrimonio; las C-507 de 2004 y C-008 de 2010 sobre la protección del derecho de las menores a la autonomía sexual, libertad sexual, decisión libre sobre contraer matrimonio y la decisión sobre el número de hijos; la T-853 de 2004, que reconoce el derecho a fundar una familia y a la progenitura responsable, y finalmente la T-063 de 2012, que reconoce los DSR a las personas en situación de discapacidad.

### Neoconstitucionalismo y DH en Colombia

Esta nueva institucionalidad puede leerse como el resultado hermenéutico del artículo 93 y 94 del texto constitucional que da estatus de supraconstitucionalidad a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, interpretación que ha sido reforzada por la adscripción de la Corte Constitucional a la tendencia de un monismo moderado (C-400-98).

Desde este interesante pero no pacífico contexto, se ha llenado de contenido político la reflexión sobre DSR, discusión que ha llevado a nuestro Congreso a un debate tímido, quizá como resultado de que conformamos una sociedad marcada aún por una visión conservadora de muchos aspectos que todavía se soportan en expresiones que valoran las conductas como acordes “con la moral social” o “las buenas costumbres”.

Ahora bien en el 2003 el Estado colombiano, dando alcance a sus obligaciones internacionales, promovió en diálogo con las organizaciones de mujeres, una política nacional de salud sexual y reproductiva la cual se planteó como objetivo general “mejorar la SSR y promover el ejercicio de los DSR de toda la población con especial énfasis en la reducción de los factores de vulnerabilidad y los comportamientos de riesgo, el estímulo de los factores protectores y la atención a grupos con necesidades específicas”(p. 7).

Alcanzar este objetivo implica la focalización en cinco líneas de acción: maternidad segura; cáncer de cuello uterino; ITS, VIH/SIDA; violencia doméstica y sexual y dos ejes sobre los que versará esta ponencia: planificación familiar, la salud sexual y reproductiva de los/las adolescentes.

Esta política se basa sobre el principio de concebir los DSR como derechos humanos;

seguido por la comprensión de que este tipo de política se debe fundamentar en la equidad social y de género, así como en el empoderamiento de las mujeres y la cualificación de la demanda, la focalización y la calidad para la prestación de los servicios, estos principios tienen una finalidad diádica, si bien deben impactar el proceso de toma de decisiones informadas de los usuarios y usuarias también deben sensibilizar a las personas prestadoras de servicios en salud, puesto que deben desarrollar habilidades que tengan en cuenta la comunicación y el trato (2003).

De esta política se recoge el reconocimiento de varios DSR como por ejemplo el derecho a disfrutar de una vida sexual satisfactoria; a la decisión sobre la procreación; el reconocimiento de la libertad para decidir el número de hijos; el derecho a la información y a elegir los métodos de planificación familiar.

#### El desarrollo legislativo

Algunos desarrollos legislativos dan cuenta del avance en el tema de DSR como por ejemplo la Ley 1257 de 2008 que inspirada tanto en las obligaciones pre-constituyentes como la CEDAW– seguida de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (El Cairo-1994), la Convención Belém do Pará del 1995 y la Cuarta Conferencia sobre la Mujer (Beijin 1995)– reconoció la existencia de violencia contra la mujer por la sola razón de ser mujer, tanto en el espacio público como en el privado, y que a través de sus decretos reglamentarios creó una ruta de atención y un programa de promoción laboral.

Otra ley importante que avanza en el reconocimiento de DSR es la Ley 1412 de 2010 la cual promueve el derecho a la progenitura responsable a través del ofrecimiento gratuito del derecho a elegir el número de hijos mediante su regulación por medio del procedimiento de anticoncepción quirúrgica, la cual se realiza a través de la ligadura de trompas y la vasectomía.

Sin embargo este complejo escenario ha requerido de la participación de un actor que ha sido definitivo en el reconocimiento de los DSR, la Corte Constitucional, que ante la

urgencia de una regulación ha suplido por vía judicial el vacío legislativo de un Congreso que no se ha querido atemperar al mandato constitucional de reconocer la igualdad material<sup>2</sup>.

Desde este horizonte son numerosos los conocidos fallos constitucionales sobre el reconocimiento de DSR tales como la C-355 de 2006 que reconoció el IVE de manera parcial o la C-275 de 2007 que actualizó los DESC en materia de seguridad social con el reconocimiento de derechos patrimoniales para el cónyuge, en parejas del mismo sexo y en complemento de la anterior la C-029 de 2009 que reconoció las uniones de hecho en parejas del mismo sexo.

### El derecho a la progeneración responsable como DSR

Ahora bien, en el 2014 la Corte Constitucional conoció de una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por un grupo de ciudadanas y ciudadanos en la que se cuestionaba la constitucionalidad del artículo 7 de la Ley 1412 de 2010, por considerar que era discriminatoria de los menores de edad en el entendido que la norma aludida solo reconocía el derecho a la anticoncepción quirúrgica a los mayores de edad. En consecuencia se acusa la norma por violación del derecho a la igualdad por un tratamiento diferenciado.

Pero ¿qué es el derecho a la progeneración responsable? es un derecho constitucional reconocido en el artículo 42 en el que se establece vía jurisprudencial que las personas tienen derecho a conformar de manera responsable una familia, a la vez que estipula el derecho de las parejas a decidir sobre el número de sus hijos.

Sin embargo, en el caso objeto de discusión, la Corte considera que no existió discriminación por parte del legislador al impedir a los menores de edad el procedimiento,

---

<sup>2</sup> “Artículo 13 . Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, y adoptará medidas en favor de los grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellos se cometan”. (subrayas fuera del texto)

puesto que precisamente en razón a que éste es un procedimiento irreversible y que es precisamente la salvaguarda del derecho constitucional a conformar una familia y a la progenitura responsable el que se está protegiendo, puesto que la falta de madurez psicológica del/la menor podría afectarlo de manera irreparable al emprender un procedimiento que quizá de conformidad con las estadísticas puede resultar irreversible, además porque existen otros métodos de planificación menos invasivos.

La Corte fundamenta su resolución en el argumento de que la tendencia que orienta la solución al problema jurídico es “proteger la decisión que mejor preserve la integridad de las condiciones físicas necesarias para que la persona que aún no cuenta con la autonomía suficiente para tomar decisiones sobre su propia vida y salud, pueda decidir cómo va a ejercer dicha libertad en el futuro. Es lo que la jurisprudencia ha denominado como protección mediante la figura del consentimiento orientado hacia el futuro” (C-131 de 2014) (subrayas fuera de texto).

Si bien se plantea la exclusión de los/las menores de este procedimiento la Corte aclara que siempre que se encuentre en riesgo la vida de la menor, como consecuencia del embarazo, prevalece su derecho a la vida y a la integridad y en consecuencia se permitirá la anticoncepción quirúrgica, la cual será procedente previa autorización judicial solo cuando se cumplan dos condiciones:

1. Que la paciente autorice dicho procedimiento sin la persuasión de sus padres o representantes legales.
2. Que en todo caso un grupo de médicos interdisciplinario confirme que el embarazo o el parto constituyen un riesgo de muerte para la menor sin que se pueda acudir a otros mecanismos anticonceptivos, y que éste último comprende y acepta de manera informada someterse a dicho procedimiento (C-131 de 2014).

### La Corte y los DSR

En esta sentencia objeto de análisis la Corte conecta los DSR, de manera específica el derecho a decidir de manera libre y responsable el número de hijos que se desea tener, con

otros derechos fundamentales como el derecho a la vida digna, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, a la información, a la salud y a la educación (C-131 de 2014).

Y de manera explícita reconoce todo un catálogo de DSR que implican obligaciones de garantía y de respeto a cargo del Estado; son obligaciones de respeto porque son derechos de libertad que implican una conducta de no hacer por parte del Estado son estos la autodeterminación reproductiva; la progenitura responsable; la libertad sexual; autonomía sexual; derecho a fundar una familia; derecho a contraer matrimonio. Como obligaciones de garantía a cargo del Estado son aquellas de carácter prestacional y enuncia el derecho de las personas a acceder a servicios de salud reproductivos y salud sexual.

Veamos lo anterior con detenimiento, en este fallo la Corte explica que “el ámbito de protección de los derechos sexuales y reproductivos es el ejercicio mismo de la libertad, estos se han considerado como derechos humanos” y en este sentido su objeto de protección “es la autodeterminación reproductiva asociada con la progenitura responsable consagrada en el artículo 42 Superior, y que se entiende como la facultad que tienen las personas de decidir si quieren o no tener hijos y en qué momento. Este derecho supone la prohibición de cualquier interferencia externa en la toma de este tipo de decisiones personales, por lo cual se considera vulnerado cuando la persona es sometida a cualquier tipo de violencia física, psicológica o a actos de discriminación, como embarazos, esterilizaciones o abortos forzados” (C-131 de 2014) (subrayas fuera del texto).

A la vez señala que los DSR protegen “el derecho de las personas a acceder a servicios de salud reproductivos lo cual incluye tratamientos médicos para enfermedades del aparato reproductor, embarazos libres de riesgos y acceso a información y métodos de anticoncepción” (C-131 de 2014) (subrayas fuera del texto).

También enfatiza que los DSR “reconocen la libertad sexual o bien el derecho que le asiste a cada persona para decidir si quiere o no tener relaciones sexuales y con quién, sin que exista violencia, coacción o interferencias arbitrarias de terceros. Asimismo, protegen el acceso a servicios de salud sexual” (C-131 de 2014) (subrayas fuera del texto).

La anterior afirmación se sustenta en la protección de los artículos superiores 14 (derecho a la personalidad) y 16 (libre desarrollo de la personalidad) que en el alcance de la interpretación dada por la Corte implican el proceso de autonomía sexual.

Invoca otro de los DSR, el derecho a fundar una familia como derecho fundamental o derecho a contraer matrimonio y precisa “la Corte ha aceptado que los menores tienen derecho a decidir sobre su propia sexualidad, en el marco de la autonomía y libertad que se le reconoce a toda persona, pero considerando la importancia del acompañamiento de la familia, la sociedad y el Estado, quienes están en deber de advertir los riesgos y responsabilidades de sus decisiones de vida” (C-131 de 2014) (subrayas fuera del texto).

#### Otros DSR en adjudicación constitucional

Dentro del precedente que emplea la Corte para fundamentar su decisión se retoman varios fallos que han avanzado en el tema de DSR, por ejemplo el derecho al consentimiento informado en los tratamientos quirúrgicos a menores de edad en caso en el que se comprometan los derechos sexuales. Esta SU<sup>3</sup> estableció que “es legítimo avalar el consentimiento sustituto de los padres del menor que no tenga la madurez o bien la autonomía suficiente para tomar una decisión informada sobre el procedimiento, en otras palabras, a mayor madurez del menor o facultad de autodeterminación, mayor es la protección a sus decisiones como garantía de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, y menor es el peso de las decisiones de padres y terceros” consentimiento informado y autonomía sexual (SU-337 de 1999)<sup>4</sup>.

También se ha discutido sobre el derecho de los menores de edad a contraer matrimonio, sobre este derecho pueden encontrarse tres posturas de esta corporación en primer lugar la protección del menor y la menor, a través de normas civiles que tienden a desestimular la decisión de contraer matrimonio a través de restricciones impuestas por sus padres o representantes legales; en segundo lugar la protección de los derechos de las niñas

---

<sup>3</sup> Sentencia de unificación de fallos de tutela.

<sup>4</sup> Más sobre el derecho al consentimiento informado T-551 de 1999 y T-692 de 1999, T-1390 de 2000.

y de los niños, de la autonomía sexual, libertad sexual y en tercer lugar la protección del derecho de los niños y las niñas a fundar una familia y a decidir el número de hijos que quieren tener.

La primera postura puede observarse en el criterio fijado por la Corte en la C-344 de 1993 frente al cuestionamiento de la norma civil contenida en el artículo 117, que desestimulaba el matrimonio entre menores de edad, bien sea por la afectación de derechos sucesorales como medida coercitiva de los padres por el matrimonio sin su consentimiento; o la constitucionalidad del artículo 125 del Código Civil sobre la revocación de donaciones bajo el mismo motivo del anterior, frente a lo cual la Corte Constitucional mantuvo su criterio en la C-1264 de 2000. En ambos casos la Corte considera que las restricciones son adecuadas en la medida en que llevan a los y las adolescentes a un ejercicio reflexivo sobre lo que implica un matrimonio y el grado de madurez que requiere para esta decisión que comprometerá el futuro del/la menor.

La segunda postura fue la de protección de la menor frente a su derecho a decidir libremente sobre el derecho a contraer matrimonio, por lo tanto se declaró la inconstitucionalidad que se mantenía por la distinción que el artículo 140 del Código Civil frente al derecho de contraer matrimonio 12 años para las niñas y 14 para los niños.

La sentencia decretó la inconstitucionalidad de fijar la edad mínima a los 12 años de edad para que las niñas-mujeres contraigan matrimonio, cuando ésta es de 14 años para los varones. Basó sus argumentos sobre los siguientes supuestos: se afectaría

“en alto grado (1) el derecho al desarrollo libre armónico e integral de las menores y el pleno ejercicio de sus derechos, (2) el derecho a que el Estado adopte las medidas de protección adecuada y necesarias para garantizar tales derechos, y (3) el derecho a la igualdad de protección de los niños y las niñas. Impedir el matrimonio de las mujeres a los 12 años afecta levemente, por el contrario, (4) el derecho a conformar una familia, y (5) el derecho a la autonomía, y (6) no desconoce el margen de configuración del legislador en materia de matrimonio. Por lo tanto, pesan mucho más los argumentos a favor de

asegurar la igual protección de niñas y niños” (C-507 de 2004).

Con un criterio de protección similar se declaró la inexecutable de la expresión contenida en el artículo 143 del Código Civil en la que se establecía que la nulidad del matrimonio, consagrada en el artículo 140 (2), no era aplicable para la mujer impúber que hubiese concebido. La Corte declaró que “en el matrimonio prematuro se margina a los niños y a las niñas del juego y del esparcimiento y se los y las obliga a asumir cargas que ellos y ellas no están en capacidad de asumir y que, dada su corta edad, es desproporcionado que se les arroge. A lo anterior se añade el embarazo precoz” (C-008 de 2010).

Una tercera línea sobre el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, está contenido en varias sentencias de tutela en las que los colegios cuestionaron el/la estudiante que tomaba la decisión de casarse o de tener hijos/as, ante lo cual la Corte reconoció el derecho que les asiste a contraer matrimonio y fundar una familia<sup>5</sup> sin que se realice ninguna interferencia externa (T-853 de 2004).

Para el caso de personas en situación de discapacidad solo se puede realizar el procedimiento quirúrgico si se declara la interdicción del mayor de edad o previa autorización judicial para el menor de edad, lo anterior para proteger la autonomía individual/ sexual y el consentimiento informado, salvo si está en riesgo el derecho a la vida de la menor.

“(i) la madre de una menor de edad tiene la obligación de obtener autorización judicial para la realización de la intervención quirúrgica que conlleve la esterilización definitiva de una mujer, proceso judicial en el que “debe quedar plenamente demostrado que el menor tiene problemas mentales que impiden dar su consentimiento para este tipo de intervenciones”; (ii) si se trata de una mujer mayor de edad, debe adelantarse previamente, en trámite judicial diferente al de la tutela, la interdicción de sus derechos, es decir, el discernimiento de la guarda; y (iii) respecto de un menor de edad, la autorización judicial debe ser solicitada por ambos padres, “salvo que resulte imposible -por ejemplo, por ausencia

---

<sup>5</sup> T-420 de 1992, T-211 de 1995, T-377 de 1995, T-516 de 1998, T-015 de 1999, T-272 de 2001

o abandono-” (T-063 de 2012).